



TRABAJO DE FIN DE GRADO

La custodia compartida:

análisis de la situación actual y su desarrollo jurisprudencial

Shared custody:

analysis of the current situation and its jurisprudential development

Autora: Anamaria Iuliana Smaranda

Directora: Eva Vilar Cortabitarte

Grado en Derecho

Curso académico 2018-2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	1
RESUMEN.....	1
1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. CONSIDERACIONES GENERALES	3
2.1. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA	4
2.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA GUARDA Y CUSTODIA.....	6
a) Principio de Favor Filia o principio del interés superior del menor.	6
b) Principio de Audiencia del menor.	10
c) Principio de corresponsabilidad parental.	11
d) Principio de igualdad entre los progenitores.....	14
e) Principio de coparentalidad	15
2.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	16
3. CUSTODIA COMPARTIDA.....	19
3.1. MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	23
3.1.1. Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar.....	24
3.1.2. Custodia compartida con traslado de los hijos al domicilio de cada uno de los progenitores	25
3.1.3. Custodia compartida simultánea.	26
3.2. REPARTO DE LOS TIEMPOS DE CONVIVENCIA.....	27
3.2.1. Alternancia horaria dentro del mismo día.....	27
3.2.2. Alternancia diaria o de dos días.....	28
3.2.3. Alternancia semanal.....	28
3.2.4. Alternancia quincenal o mensual.....	29
3.2.5. Alternancia anual, semestral o trimestral.....	29
3.3. FORMAS PARA ESTABLECER LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	30
3.3.1. A solicitud de ambos progenitores.....	30
3.3.2. A solicitud de uno de los progenitores.....	31
4. MEDIDAS QUE ACOMPAÑAN A LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	34
4.1. LA VIVIENDA FAMILIAR	34
4.2. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.....	36
4.3. UBICACIÓN GEOGRÁFICA DE LOS DOMICILIOS DE LOS PROGENITORES	38
4.4. RÉGIMENES DE VISITA	40

4.5. RELACIÓN DE LOS PROGENITORES Y CON EL MENOR	43
4.6. NO SEPARACION DE LOS HERMANOS	45
5. INCONVENIENTES Y VENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA	46
6. CONCLUSIONES.....	49
7. BIBLIOGRAFÍA.....	51
Jurisprudencia.....	53

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CDN	Convención Internacional de los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
Edit.	Editorial
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
Nº	Número
Pág./Págs.	Página/Páginas
Rec.	Recurso
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el tratamiento jurídico de la guarda y custodia compartida de los hijos menores en las situaciones de crisis de pareja poniendo especial énfasis en la protección de los intereses de los menores en este proceso, ya que son los principales afectados por esta situación.

PALABRAS CLAVE: custodia compartida, menores, interés superior, padres, vivienda familiar, crisis matrimonial

ABSTRACT

This study aims to examine the legal treatment of shared custody of minor children in situations of couple crisis, placing special emphasis on the protection of minors' interests in this process, since they are the main affected by this situation.

KEY WORDS: shared custody, minors, child's best interests, parents, family housing, marital crisis.

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad en la que vivimos actualmente es muy diferente a la que existía años atrás, se han producido cambios importantes tanto desde el punto de vista legislativo como desde el punto de vista sociológico, aunque incluso hoy en día hay quienes mantienen un pensamiento un tanto anticuado respecto al rol de la mujer dentro de la familia.

Con el paso del tiempo se ha observado una notoria integración de la mujer dentro del ámbito laboral y, como consecuencia de ello, el hombre se ha ido implicando más en las tareas domésticas y en el cuidado de los hijos, ya que anteriormente existían grandes desigualdades entre los progenitores puesto que la mujer asumía el papel de ama de casa mientras que el hombre era el que se encargaba de la economía familiar.

Estos cambios producidos en las estructuras familiares han obligado al legislador a adecuar las normas a los nuevos roles que deben desempeñar los progenitores y, por ello, cuando se produce la ruptura familiar se convierte en cuestión de máxima importancia la decisión de con quién van a convivir los menores, es decir, si será la madre o el padre el que se va a encargar del cuidado y educación de los hijos. A tal efecto, se debe elegir el régimen de guarda y custodia que más se adapta a las necesidades y circunstancias de cada menor.

En principio, nuestro sistema permite que sean los propios progenitores, ya que son los que mejor conocen a sus hijos, quienes decidan sobre el sistema de guarda y custodia más adecuado para los mismos, decidiendo si es más beneficioso un régimen custodia exclusiva a uno de los progenitores o, por el contrario, un régimen de custodia compartida entre ambos progenitores.

Como sabemos, cuando se produce una separación o divorcio, son los hijos quienes, en la mayor parte de los casos, sufren las consecuencias de esa ruptura y, por ello, esa decisión de los progenitores debe adoptarse teniendo en cuenta un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico que es el principio del interés superior del menor, en cuya virtud, el régimen que se adopte tiene que ser un régimen que garantice al menor una vida equilibrada y tranquila sin que la ruptura le afecte demasiado.

En el caso en que esto no fuera posible, bien porque los progenitores no llegan a un acuerdo o bien porque el acuerdo fuera contrario al interés superior del menor, la facultad para establecer el sistema más idóneo le corresponderá al juez.

El presente trabajo consiste en un estudio, tanto doctrinal como jurisprudencial, sobre el sistema de la guarda y custodia compartida que, tras la reforma efectuada en el Código Civil por la Ley 15/2005, ha adoptado una relevancia muy importante. En este sentido, se hará referencia no solo a la posibilidad legal de establecer la custodia compartida, sino también a la necesidad de tener en cuenta el caso concreto, porque como luego veremos no siempre será aconsejable acordarla.

En cuanto a la estructura del trabajo, comenzaremos definiendo los conceptos claves propios de este tema, tales como patria potestad, guarda y custodia, para a continuación hablar de los principios que rigen la guarda y custodia haciendo hincapié en la importancia práctica del interés superior del menor.

Seguidamente nos adentraremos en el estudio de la custodia compartida, refiriéndonos a las modalidades de ejercicio de este régimen, al reparto del tiempo de convivencia y a las distintas formas para establecer la custodia compartida.

A continuación, nos centraremos en las medidas que acompañan a la atribución de la guarda y custodia compartida, entre las cuales destacan la atribución de la vivienda familiar, la pensión de alimentos, la distancia geográfica entre domicilios y paso seguido, explicaremos las ventajas e inconvenientes que plantea este régimen de custodia compartida.

Por último, a modo de conclusiones, resumiremos los aspectos más importantes y destacados de la custodia compartida.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

En este capítulo, antes de profundizar en el análisis de la modalidad conocida como guarda y custodia compartida que constituye el objeto del presente trabajo, vamos a analizar algunas cuestiones esenciales de la guarda y custodia que resultan necesarias para entender el sistema de custodia compartida y el desarrollo legislativo de la misma.

2.1. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA

Se podría afirmar que los términos de “guarda” y “custodia” se empezaron a utilizar tras la reforma efectuada en el año 1981 ya que antes de dicha fecha la normativa hablaba de cuidado y custodia. A tal efecto, en ese momento la regulación del artículo 70 del Código Civil determinaba que “los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y

las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe”.¹

Por lo tanto, es precisamente con la reforma realizada a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, con la que se introduce el término “guarda” en la redacción del artículo 158.2 que hacía referencia a los “casos de cambio de titular de la potestad de guarda”.

Finalmente, la expresión de guarda y custodia fue introducida en el Código Civil por la reforma realizada por la Ley 15/2015, de 8 de julio, en cuyo artículo 92 se establece que “... se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos...”. No obstante, debemos señalar que la expresión “guarda y custodia” ya había sido recogida por el legislador en otros textos legales, tales como, la Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000.²

Para poder determinar el concepto de guarda y custodia en primer lugar deberíamos referirnos a la patria potestad que es la institución de la que deriva. *La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de los hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.*³

La patria potestad viene regulada en el artículo 154 CC y hace referencia a un conjunto de derechos y deberes atribuidos a los progenitores en relación con los hijos y sus bienes, comprendiendo los de *velar por ellos y tenerlos en su compañía*, lo que supone que los padres están obligados a cuidar a sus hijos, estar con ellos, alimentarlos, educarlos, protegerlos, representarlos legalmente y administrar sus bienes.⁴

Debemos señalar que no existe en el ordenamiento español un concepto único de guarda y custodia y, a tal efecto, el Tribunal Supremo mediante sentencia de 19 de octubre de 1983 la define como “*la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía*”, estableciendo que la guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad. En dicha sentencia se ha señalado que dichos derechos y facultades se refieren

¹ LATHROP GOMEZ, F. “*Custodia Compartida de los Hijos*”, La Ley, Madrid, pág.45.

² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Arts. 748.4, 769.3 y 770.6.

³ CASTAN VAZQUEZ, J.M. “*La patria potestad*”. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960. Pág. 8 y 9.

⁴ El art. 39.3 de la Constitución Española dispone que “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”.

“sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia” de los hijos sujetos a patria potestad, de ahí la cercanía entre ambas instituciones.

Asimismo, Campo Izquierdo define la guarda y custodia como “un derecho deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día”.⁵

Por su parte, García Pastor la define como “el conjunto de funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño”.⁶

De la misma manera, Ragel Sánchez entiende que la guarda y custodia es “una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte de éste o éstos”.⁷

Por otra parte, en muchas ocasiones, la guarda y custodia se ha llegado a confundir con la patria potestad, no obstante, es posible sostener que ambas figuras no son lo mismo, puesto que existen algunos elementos que otorgan fisonomía jurídica propia a la guarda y custodia frente a la patria potestad.

La guarda y custodia y la patria potestad no son lo mismo puesto que cuando los padres viven juntos, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad es parte integrante de la patria potestad que se ejerce de forma conjunta por ambos progenitores. Por el contrario, en caso de separación, nulidad o divorcio de los padres, la guarda y custodia ya no forma parte de la patria potestad y abarcará únicamente aquellas funciones que requieran de la convivencia con el hijo. De tal manera que solo el progenitor que tenga atribuida esa convivencia o guarda podrá desempeñar dichas funciones.

Así, cuando existe ruptura de la convivencia de los progenitores la función de estar con el menor se transforma en el derecho de visita, la función de cubrir las necesidades materiales de los menores se transforma en la pensión de alimentos. La situación de estar informado de las cuestiones de los hijos se transforma en el derecho de información. Estas

⁵ CAMPO IZQUIERDO, A.L. “Guarda y Custodia Compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, en Diario la Ley, número 7206, Sección Tribuna, 2009, pág. 1.

⁶ GARCIA PASTOR, M., “La Situación Jurídica de los Hijos cuyos Padres no Conviven”, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 74.

⁷ RAGEL SANCHEZ, L.F., “La Guarda y Custodia de los Hijos”, Revista de Derecho Privado y Constitución, núm.15, enero-diciembre 2001, pág. 282.

modificaciones afectarán principalmente al progenitor que no ostente la guarda y custodia de los hijos.⁸

2.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA GUARDA Y CUSTODIA

Antes de iniciar el análisis de la guarda y custodia compartida es necesario hacer referencia a los distintos principios que rigen a la misma puesto que se trata de uno de los elementos fundamentales que deben tener en cuenta tanto el legislador como los Tribunales a la hora de establecer los distintos modelos de guarda y custodia de los hijos en relación con los padres.

a) Principio de Favor Filia o principio del interés superior del menor.

El interés superior del menor es un principio cuya finalidad es la protección de los menores dada su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tienen de dirigir su vida con total autonomía.

Este principio, también denominado “favor filii”, se ha de entender como el criterio rector a seguir en cada uno de los procesos en los que interviene un niño, una niña o un adolescente. Se trata de un principio que forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez y que dispone de reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, hasta la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Esta última Convención representa el Tratado Internacional que más Estados han ratificado, entre ellos España el 6 de diciembre de 1990, dentro del contexto de las Naciones Unidas, y ello demuestra el gran reconocimiento y aceptación de las normas de Derechos Humanos a favor de los menores.

En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” siendo su intervención o participación en la vida jurídica o en las situaciones que lo afectaban prácticamente inexistente, protegiendo el sistema jurídico, en muchas ocasiones, solamente a sus progenitores.

Es en la Convención de Ginebra de 1924 en donde se establecen por primera vez los derechos de los niños y niñas, surgiendo la obligación de darles lo mejor, lo que se deduce

⁸ RODA Y RODA, D. “*El Interés del menor en el Ejercicio de la Patria Potestad. El Derecho del Menor a Ser Oído*”. 2013. Pág. 283.

de la expresión “primero los niños”. Con posterioridad, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se determina implícitamente los derechos de los niños como fuente de todos los derechos de la humanidad. Asimismo, en el año 1959 se aprobó, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos de los niños y niñas que disponía que el interés superior es el principio rector para orientar a los padres, madres, tutoras, tutores o responsables, en relación con todo aquello que le sea más favorable al niño o niña, quien tiene derecho de gozar de una protección especial, con la finalidad de desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad, estableciendo la obligación de promulgar leyes para ese fin, prevaleciendo para ello, el interés superior de los niños y niñas.⁹

Dentro del sistema español, el interés superior del menor viene recogido en la Constitución Española cuando consagra en su art. 39.4 que *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*.

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor establece en su art. 2 que en aplicación de la presente ley primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, disponiendo además en su art. 3 que *los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte*.

Por su parte, el Código Civil recoge también en numerosos artículos la expresión *interés del menor* con la intención de darle preferencia en todas aquellas situaciones en las que se regulan derechos de los menores, artículos que son los siguientes:

- Art. 101.3 que establece las medidas provisionales a adoptar, en caso de ausencia de acuerdo, por demanda de nulidad, separación o divorcio, primando el interés de los hijos para acordar lo necesario en cuanto a la guarda y custodia;
- Art.137 para permitir a la madre, en interés del hijo menor o incapacitado, el ejercicio de la acción de filiación;
- Art. 149 para limitar la elección del que tiene la obligación de prestar alimentos, cuando se perjudique el interés del alimentista menor de edad;

⁹ LÓPEZ CONTRERAS, R. E. (2015). “*Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido*”. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), pág. 54.

- Art. 156 que regula el ejercicio de la patria potestad;
- Art. 161 que trata sobre el derecho de visita de parientes al menor acogido y la posibilidad de que sea regulado o suspendido en interés del menor;
- Art. 172.4 que se refiere a la guarda y acogimiento de menores en situación de desamparo, estableciendo que se buscará siempre el interés del menor y se procurará su reinserción en la propia familia.

Sin embargo y a pesar de que este principio se encuentra regulado en numerosos textos legales de distinto orden, no existe una norma que nos proporcione una definición exacta de lo que deberíamos entender por “interés del menor” y ello ocasiona que nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado.

Y es que al encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado será necesario, para su concreción, que el juez tenga que atender a las circunstancias que concurran en cada supuesto para precisar cuál es el mejor interés del menor.

La ventaja que plantea este concepto jurídico indeterminado es la de acomodar el interés del menor a cada caso concreto ya que lo que puede ser beneficioso para un menor puede que no lo sea para otro, bien por sus cualidades personales o bien por las diversas circunstancias que lo rodean.

Junto a esta ventaja, el concepto jurídico indeterminado ha planteado también en la práctica algunos inconvenientes como la excesiva discrecionalidad judicial o una cierta inseguridad jurídica.¹⁰

Por ello, y con la finalidad de evitar en la medida de lo posible decisiones discrecionales por parte de los aplicadores del derecho, resulta necesario el establecimiento de unos criterios mínimos de determinación del “interés del menor”.

En este sentido, la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, una serie de criterios para determinar cuál es el interés superior del menor en cada supuesto.

¹⁰ MARTINEZ CALVO, J. “La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”. Pág. 201. (2015).

Así, el nuevo art. 2 de la Ley 1/1996 recoge los siguientes criterios:

- La satisfacción de las necesidades básicas del menor,
- La consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones,
- La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

Estos criterios tendrán que ponderarse en función de determinados elementos generales, como:

- La edad y madurez del menor,
- La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad,
- La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad

Sin embargo, lo que ocurre es que estos criterios tienen un carácter muy general, por lo que resultaría deseable la introducción en nuestro Código Civil de criterios específicos para la determinación del interés superior del menor en supuestos concretos, como en la atribución del régimen de guarda y custodia o en el establecimiento de medidas de protección.¹¹

b) Principio de Audiencia del menor.

Este principio está recogido expresamente en el art. 92.2 a 6 del CC que dispone que “el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre su custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oído”.

Asimismo, el art. 9 de la LO 1/1996, que ha sido modificado por la LO 8/2015, dice que “el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad, o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y

¹¹ MARTINEZ CALVO. J. “*La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”. Pág. 206. (2015).

que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.

En estos artículos se establece que los menores tienen derecho a ser oídos en el procedimiento cuando tengan suficiente juicio o, en todo caso, siempre que sean mayores de 12 años.¹²

No es necesario que tenga 12 años, sino que tenga madurez suficiente, es decir, no es necesario establecer una edad concreta puesto que queda al criterio del Juzgador determinar la madurez del menor independientemente de cuál sea la edad física del mismo. A estos efectos existen resoluciones judiciales que consideran a un niño de cuatro o de seis años maduro para tener en consideración su opinión y otras, en cambio, que no consideran maduro a un niño de 10 años.

Así, en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 15 de septiembre de 2008** el Tribunal acepta lo manifestado por el menor de cuatro años, que se recoge en el informe pericial y desestima el recurso no concediendo el régimen de visitas a los abuelos y la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, de 6 de junio de 2008**, no considera maduro a un menor de 10 años, de conformidad con el informe del Equipo Judicial, por lo que no se tiene en consideración su opinión en el asunto de la guarda y custodia.

Según la doctrina, el menor que tiene una capacidad de entender y querer de forma razonada, que le permite expresar dicho querer de forma coherente, tiene juicio suficiente.

13

Se puede afirmar que cuando hablamos de “suficiente juicio”, nos estamos refiriendo más al desarrollo mental y psíquico, que a la propia edad. A la hora de determinarlo se ha de tener en cuenta, entre otros factores, la realidad social en donde se desarrolla, debiendo

¹² La LEC en su artículo 770.4 dice que “si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años”.

¹³ MARÍN LÓPEZ. M.J. “La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el régimen de separación y divorcio”. Derecho Privado y Constitucional Nº23, 2009. Pág.258.

de comprobar si sus opciones y manifestaciones son coherentes con las metas o finalidades que se encuadren en su realidad social.¹⁴

La madurez es un factor importante a la hora de valorar la opinión, dado que se considera que cuanto más maduro sea, menos posibilidad habrá que su opinión esté influenciada por los progenitores o terceros.

La forma de interrogar a los menores, en el marco de los procesos matrimoniales, en los que está en juego su guarda y custodia, es un factor muy interesante que hay que tener en cuenta. En este sentido, las preguntas han de hacerse de forma que no contenga una sugestión y que no revelen la opinión del interrogador. A los menores es importante no atemorizarles ya que se pueden encerrar en un mutismo.

La audiencia de los hijos menores no supone que el Juez tenga que estar sometido a sus criterios u opiniones, ni a los intereses de estos. No obstante, cuantos más años tienen, sus criterios deberían ser tenidos más en cuenta, si bien, lógicamente, ellos no pueden saber aún qué medida es la que contribuye al mejor desarrollo de su personalidad aún incipiente.¹⁵

c) Principio de corresponsabilidad parental.

Podemos decir que el principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.¹⁶ De lo que se trata es de equiparar la igualdad entre hombre y mujer en su cualidad de padre o madre y sobre todo el derecho del niño, en su interés, a ser criado por sus dos padres, haya o no convivencia entre ellos.¹⁷

La Convención Internacional de los Derechos del Niño ha sido uno de los primeros Tratados en reconocer el principio de la corresponsabilidad parental como un derecho humano de los menores, estableciendo en su art. 18 que: “Los Estados Partes pondrán el

¹⁴ GARCÍA MEDINA. J. “Crisis matrimoniales y derechos de los menores”. *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Cord. Cristina Guilarte Martín – Calero, Lex Nova. Madrid 2009. Pág. 238.

¹⁵ ROMERO COLOMA. A.M. “La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)”. Colección Scientia Iuridica. Madrid. 2011. Págs. 54 y 59.

¹⁶ LATHROP GÓMEZ. F. “Custodia compartida de los hijos”. La Ley. Madrid. Pág 348

¹⁷ TAMAYO HAYA. S. “Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad tras la Separación o el Divorcio”, en PÉREZ VALLEJO. A.M. “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”. Editorial Atelier, Barcelona. 2009. Págs. 121-122.

máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño...”.

Asimismo, la CDN en su art. 5 refleja que se requiere el reconocimiento por parte de los Estados de una “... responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”.¹⁸

En España, la evolución del ejercicio compartido de las responsabilidades parentales tuvo su origen en la Ley 11/1981, de 13 de mayo que permitió el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores tras la ruptura matrimonial. En esta ley se reconocieron a la madre los mismos derechos paterno – filiales que históricamente habían sido asignados al padre tras la crisis conyugal, consolidando así el proceso de equiparación jurídica entre hombre y mujer iniciado con la Ley de 2 de mayo de 1975.¹⁹

Y en esta misma línea la Ley 15/2005 viene a decir que, como consecuencia de algunos factores como el acceso de la mujer al mercado laboral y los cambios en determinadas pautas de educación, cada vez más, los padres se ven obligados a tener una intervención mayor en el cuidado diario de los hijos, produciéndose de esta manera una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los menores.

Por su parte, la LO 3/2007, de 22 de marzo ha integrado la corresponsabilidad parental o familiar como uno de sus criterios inspiradores. Así, en su art. 14.8 enuncia como “criterios generales de la actuación de los Poderes Públicos”, el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.

El desarrollo integral del menor se debe llevar a cabo procurando mantener las relaciones con ambos progenitores de manera continuada, plena e intensa,²⁰ ya que los hijos deben estar con su padre y con su madre, y no es bueno, ni positivo para ellos el hecho de recibir visitas de uno de sus progenitores una o dos veces a la semana, porque cualquier hijo, en

¹⁸ LATHROP GÓMEZ. F. “*Custodia compartida de los hijos*”. La Ley. Madrid. Pág. 357.

¹⁹ LATHROP GÓMEZ. F. “*Custodia compartida de los hijos*”. La Ley. Madrid. Pág. 360.

²⁰ TAMAYO HAYA. S. “*Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad tras la Separación o el Divorcio*”, en PÉREZ VALLEJO. A.M. “*Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva*”. Editorial Atelier, Barcelona. 2009. Pág. 127.

circunstancias normales, echa de menos el roce y el afecto, continuo, permanente, de su progenitor no custodio.²¹

La custodia compartida tiene como característica fundamental el hecho de que ambos progenitores asumen sus responsabilidades de forma equitativa para con sus hijos a diferencia de la atribución en exclusiva de la guarda a uno de los progenitores, con un derecho de visitas, comunicaciones y estancias más o menos amplias a favor del no custodio, que impide que este pueda tomar conciencia del quehacer diario para con los hijos. La custodia compartida tiende a otorgar esta labor cotidiana a ambos en distintos periodos de tiempo, asumiendo, no solo las funciones propias de la patria potestad desde la lejanía, sino también dando primacía al acercamiento por igual a ambos progenitores.²²

La custodia compartida no supone únicamente el cuidado del hijo, sino que incluye también otros aspectos como son la educación, los alimentos, la crianza, de tal manera que el progenitor que tiene al hijo en su compañía no se limita a desempeñar una función estrictamente de cuidador o guardador, sino que cada uno de ellos (padre y madre), asumen su responsabilidad parental para con su hijo cuando lo tienen a su cuidado.

Cabe afirmar, por lo tanto, que la custodia compartida no se limita únicamente a la regulación de la convivencia, sino que se extiende también a materias en las que se expresa el principio de correspondencia parental.

En conclusión, podemos decir que la corresponsabilidad parental tiene por objeto el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores han de ejercer frente a sus hijos y, sobre todo, determinar el principio de igualdad entre los progenitores.

d) Principio de igualdad entre los progenitores.

En los últimos años venimos presenciando importantes cambios en el marco de las relaciones entre hombres y mujeres en nuestra sociedad. Las concepciones de masculinidad y feminidad se están redefiniendo, de tal manera que se habla incluso de

²¹ ROMERO COLOMA. A.M. “*La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*”. Colección Scientia Iuridica. Madrid. 2011. Pág. 54.

²² MORÁN GONZÁLEZ. M. I. “*El Ministerio Fiscal y los Sistemas de Guarda y Custodia: Especial Referencia a la Custodia Compartida y los Criterios de Atribución en Beneficio del Menor*” en TAPIA PARREÑO. J. J. “*Custodia Compartida y Protección de Menores*”, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial. Madrid.2010. pág. 92-93.

una crisis de identidades a medida que los roles tradicionales se tambalean para adaptarse a las demandas de los nuevos tiempos.²³

La incorporación de la mujer a los espacios públicos, que durante siglos se ha dedicado a las tareas de procreación, de crianza y de cuidados de la prole y de los miembros de la familia extensa y nuclear, constituye un fenómeno que implica redefinir los nuevos papeles de los progenitores dentro de la estructura familiar.

Dentro de nuestro sistema legislativo, fue la Ley 15/2005 la que suscitó un importante debate en torno al principio de igualdad entre los progenitores, impulsado por las asociaciones de padres (varones) separados y divorciados que reivindicaban su papel en la formación integral de sus hijos sobre la base del principio de igualdad²⁴, lo que ha provocado que se establezca por primera vez la posibilidad de una custodia compartida en el Derecho Español.

Al respecto, la custodia compartida determina la necesidad de que ambos progenitores se impliquen por igual en las tareas de cuidado de los hijos y, del mismo modo, contribuirá a desterrar los tradicionales roles que les eran asignados como la provisión y seguridad económica en el caso del padre y el cumplimiento de las labores domésticas para la madre.

Junto a esta Ley existen otros textos legales que hacen referencia al principio de igualdad, entre ellos, la Constitución Española que consagra en su art.14 ²⁵el principio de igualdad como uno de los Derechos Fundamentales de las personas.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁶, establece en su art. 3 que “el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”.

²³ ASENSIO BELENGUER. A. “*Mujeres gitanas de Zaragoza: De lo privado a lo público, un análisis desde la perspectiva de género*”. Tesis Doctoral. Universidad de Zaragoza. 2015. Pág. 24.

²⁴ LATHROP GÓMEZ. F. “*Custodia compartida de los hijos*”. La Ley. Madrid. Pág. 371.

²⁵ Art. 14 CE dispone que “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

²⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE, numero 71, de 23 de marzo de 2007.

En definitiva, opino que el derecho de familia ha evolucionado en los últimos años, considerándose hoy en día que ambos progenitores son aptos y están capacitados para desempeñar una crianza adecuada de sus hijos aun cuando no exista una situación de convivencia entre ellos, lo que sin lugar a duda es beneficioso para todas las partes implicadas.

e) Principio de coparentalidad

Una visión generalmente asumida es la de considerar la relación de coparentalidad como aquella en la que los dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre sí y mantienen una relación de apoyo mutuo, centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas, estando ambos implicados activamente en las vidas de sus hijos.²⁷

Se entiende que la coparentalidad implica interacción, pero eso no significa que los padres divorciados deban interactuar cara a cara constantemente, aunque sí que debe haber algún grado de comunicación entre ellos sobre la crianza, así como un cierto nivel de contacto de cada padre con los hijos.

Por su parte, Tamayo Haya considera que “la coparentalidad es una noción dual que engloba, no solo el derecho del niño a ser educado por sus dos progenitores, sino también el derecho a mantener relaciones con ambos, es decir, la voluntad de asegurar la continuidad de los vínculos entre el niño y sus progenitores, para lo cual ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura”.²⁸

Así pues, la coparentalidad supone un vínculo relacional que requiere un proceso interaccional constante, es decir, se negocia, se define y redefine en cada momento, en cada encuentro o intercambio de información, constituyendo un contrato no escrito en el que se acuerdan las maneras de relacionarse o de tratarse, así como el reparto de roles y funciones respecto a los hijos comunes.²⁹

²⁷ BOLAÑOS CARTUJO. I. “*Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional*”. Psicopatología Clínica, Legal y Forense. Vol.15. 2015. Pág. 59.

²⁸ TAMAYO HAYA. S. “*Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad tras la Separación o el Divorcio*”, en PÉREZ VALLEJO. A.M. “*Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva*”. Editorial Atelier, Barcelona. 2009. Págs. 112-113.

²⁹ BOLAÑOS CARTUJO. I. “*Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional*”. Psicopatología Clínica, Legal y Forense. Vol.15. 2015. Pág.60.

2.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para una mejor comprensión de la evolución de la guarda y custodia de los hijos menores, considero que es necesario hacer una breve referencia a los criterios judiciales que históricamente se han tenido en cuenta para la determinación de esta.

El marco legal en que se ha ido desarrollando la guarda y custodia de los hijos menores de edad ha ido evolucionando en la legislación española en consonancia con los requerimientos sociales imperantes en cada época, con los distintos roles que los progenitores iban desarrollando y con la propia modificación de las conductas en el hogar familiar.

Una de las primeras normas que se pronunció acerca de esta materia fue la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, en cuyo art. 88 establecía que los hijos menores quedaban bajo la potestad del cónyuge inocente o bien, si ambos cónyuges fueran culpables, bajo la autoridad del tutor y curador, aunque la madre mantendría a su cuidado, en todo caso, a los menores de tres años.

Y en esta misma línea, el Código Civil en su inicial redacción de 1889, disponía en sus arts. 70 y 73 que existía una preferencia legal a favor de la madre para la guarda de los menores de tres años hasta que cumplieran esa edad y, a partir de ahí, los niños quedaban al cuidado del padre y las niñas al cuidado de la madre. Como podemos ver, esta regulación perjudicaba enormemente a los niños (varones) ya que hasta la edad de tres años quedaban a cargo de la madre y a partir de esa edad, de manera directa y automática, se producía un cambio de la medida de guarda y custodia y pasaban a residir con su padre.

Posteriormente, en la Ley de 24 de abril de 1958, que dio una nueva redacción a los arts. 70 (relativo a la nulidad matrimonial) y 73 (relativo a la separación matrimonial), se indica una preferencia materna para el cuidado de los hijos e hijas menores de 7 años. Por lo tanto, las hijas y los hijos menores de 7 años quedaban siempre al cuidado de la madre, sin embargo, a partir de esa edad se tenía en cuenta la buena fe o inocencia de los cónyuges, de tal manera que hijos e hijas quedaban bajo la guarda del cónyuge de buena fe o inocente. Pero si ambos habían actuado de buena fe o eran inocentes, los hijos mayores de 7 años quedaban al cuidado del padre y las hijas mayores de 7 años al de la madre.

Tras la promulgación de la Constitución Española de 1987 es importante destacar las siguientes leyes:

- La Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio.

Se configura como una de las leyes más importantes en el ámbito del Derecho de familia, siendo la primera norma que establece la posibilidad de extinguir el matrimonio mediante la figura del divorcio.

Esta Ley modificó el Código Civil y concretamente en el art 92³⁰ establecía un modelo de guarda en el que quedaba al arbitrio del juez determinar a cuál de los progenitores le correspondía la custodia de los hijos e hijas comunes. Además, el juez tenía que tomar esta decisión teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor.

No obstante, al continuar en vigor el art 159 CC, se seguía estableciendo que los menores de 7 años tenían que estar en compañía de la madre.

- La Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo

Con esta Ley se modificó el art. 159 CC señalando en su nueva redacción que el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos al cuidado de que progenitor se quedarán, por lo que desaparece toda preferencia que, por razón de la edad de los hijos, pudiera corresponder a la madre en ese cuidado.³¹

- Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

³⁰ El art. 92 CC con la redacción dada por la Ley 30/1981 disponía que “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Las medidas judiciales sobre el cuidado y la educación serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírlos si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años (...) Podrá acordarse cuando así convenga a los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro (...)”.

³¹ En el Auto del TC 438/1990, FJ 1, se razonó que “con la modificación operada por la Ley 11/1990, el legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto (...) la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redacción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de “eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad”, consagrado en el art. 14 de la norma fundamental”.

En el mes de julio de 2005, la sociedad española ha sido protagonista de una nueva y revolucionaria modificación del Derecho de familia, pues con la entrada en vigor de la Ley 15/2005 se eliminó la separación previa como requisito para acceder al divorcio, reconociéndose, además, por primera vez en la normativa, el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos.

Esta Ley introdujo la igualdad entre el padre y la madre, el principio de corresponsabilidad familiar y el derecho del hijo a seguir manteniendo un contacto directo y regular con ambos progenitores tras la ruptura matrimonial o de pareja.³²

En virtud de lo anteriormente expuesto, podemos observar la clara evolución que ha experimentado esta materia, que se refleja en un primer momento como una sociedad patriarcal donde las funciones de guarda y custodia de los hijos eran atribuidas a la madre, colocando claramente al padre en una situación de desventaja. Hoy la norma es neutra y determina que ambos progenitores están igualmente capacitados y son aptos para desempeñar las funciones de cuidado y crianza de sus hijos.

3. CUSTODIA COMPARTIDA

La guarda y custodia compartida se ampara legalmente en dos derechos fundamentales, el primero es el derecho del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores y, el segundo, el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos, recogido en la CE, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, según se indica en el CC.

Es la Ley 15/2005 la que introduce por primera vez en nuestro Derecho positivo la posibilidad de establecer la guarda y custodia compartida y no es que antes de la entrada en vigor de esta ley se impidiera su adopción, sino que era poco habitual tanto su solicitud por alguno de los padres como su aprobación por el juez.

En este sentido fue pionera la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999** que señaló que “la regulación legal parece partir del criterio de atribución de la custodia solo al padre o solo a la madre, no a ambos conjuntamente, sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas

³² LATHROP GÓMEZ. F. “*Custodia compartida de los hijos*”. La Ley. Madrid. Págs. 39 y 40.

judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que, para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores”. Decía, además que “desde esta perspectiva, dos exigencias deben enmarcar la decisión que se adopte: de un lado, atender al interés del niño, que es el más necesitado de protección y que implica también la conveniencia de no separar a los hermanos, de otro, no desnaturalizar la relación interpersonal. Por ello se hace preciso establecer un régimen de custodia compartida y en el que las figuras materna y paterna se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada”.

Apreciaba esta Sentencia que el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro *no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna; la convivencia continuada con uno solo de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujando las referencias del otro con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y excesivos regalos, el afecto del pequeño; y en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfrentamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidentes perjuicios del derecho del menor.*

Sin embargo, a pesar de alcanzar esta figura su propia regulación legal, se plantea un problema de fondo y es que la redacción del art. 92 CC se refiere al ejercicio compartido o conjunto de la guarda y custodia sin delimitar claramente su concepción y alcance.

A tal efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia avisan que la expresión “custodia compartida” nos lleva a una gran confusión terminológica por cuanto que no se trata de que el juez atribuya la custodia a uno de los padres y ambos ejerzan conjuntamente la patria potestad, sino de que se atribuye a ambos progenitores la custodia. Esto supone un reparto más o menos igualitario del tiempo de convivencia con los hijos, encargándose el uno y el otro de la educación, cuidado y atención del menor durante ese tiempo concreto

por periodos alternos. Por ello, parece que lo más adecuado sería hablar de “custodia alterna, alternada, alternativa o sucesiva”.

En conclusión, podemos decir que la idea que hay detrás de la custodia compartida es que los progenitores se impliquen de igual manera en la educación y el cuidado de los hijos, repartiendo entre ellos el tiempo de permanencia de los hijos y las aportaciones económicas. Supone, por tanto, como idea general, un reparto equitativo del tiempo para que ambos progenitores se encarguen de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los menores.³³

No obstante, en este punto quiero dejar claro que cuando se habla de custodia compartida, no se hace referencia a un reparto al 50% en sentido estricto del tiempo de convivencia, sino que efectivamente se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales. Es así como lo ha entendido la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 50/2013, de 2 de abril** que dice que “el establecimiento de un sistema de custodia compartida no comporta necesariamente un reparto igualitario de los tiempos de estancias en régimen ordinario, es decir, fuera de los periodos de vacaciones o los tiempos extraordinarios derivados de puentes, festivos o similares, de los progenitores con sus hijos menores.”

Si hemos de buscar un concepto de custodia compartida, no lo encontraremos en el Código Civil, sino que hay varios autores que se han encargado de ello:

Así, Lathrop Gómez la define como “aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores a participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos más o menos determinados”.³⁴

También Guilarte Martín-Calero señala que “La guarda y custodia compartida consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y visitador, lo que les

³³ CATALÁN FRÍAS, M.J.: “*La custodia compartida*”. Págs. 67-68.

³⁴ LATHROP GÓMEZ, F.: “*Custodia compartida de los hijos*”. Edit. La Ley. Madrid, 2008. Pág. 277.

coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores pese a la ruptura de pareja”.³⁵

Para Esparza Olcina³⁶ esta modalidad de guarda supone una igualación de los periodos de estancia de los menores con cada cónyuge, de modo que no puede hablarse de “progenitor custodio” y “progenitor no custodio”, pues los dos lo son en la misma medida.

Por regla general, en nuestro país la custodia compartida no se aplica de forma preferente, a excepción de las comunidades autónomas de Aragón, Navarra, Cataluña, País Vasco y Comunidad Valenciana, sino que este régimen está reservado para aquellos casos en los que, con este sistema, se consigue lograr una mayor protección del interés del menor, y siempre y cuando haya sido acordado por los padres en el convenio regulador o haya sido solicitado por al menos uno de ellos.

Y para lograr esa protección del interés de los menores resulta necesario que “tanto la madre como el padre estén capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”.³⁷

No obstante, aunque la custodia compartida no sea una medida que se acuerde de manera automática ni preferencial, sí que deberá constituir el régimen al que se aspire cuando se está resolviendo una situación de crisis matrimonial y “no debe concluirse que se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.³⁸

Con esto no se quiere decir que la custodia compartida deba aplicarse siempre, sino que debería aplicarse en todos aquellos casos en los que las circunstancias personales sean las

³⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “*Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil*”. Edit. Lex Nova, primera edición, Valladolid, España, 2005. Pág. 156.

³⁶ ESPARZA OLCINA, C.: “*La Guarda Compartida*”, en DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: “*Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*”. Primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006. Pág. 202.

³⁷ PINTO ANDRADE, C.: “*La custodia compartida*”. Edit. Bosch. Barcelona, 2009. Pág. 42.

³⁸ STS 257/2013 de 29 de abril.

idóneas para el desarrollo personal de los menores, siendo siempre preferible la participación activa de ambos padres en la educación de los hijos porque la igualdad en los roles favorece la visión que los hijos tienen de sus padres, además de ser el régimen que más se parece a la vida que llevaban los menores antes de la ruptura de las relaciones.

Si analizamos los últimos datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística (INE) haciendo referencia al año 2017 se ve reflejado como la custodia compartida va avanzando en España a grandes pasos. En 2007, solo el **9,7%** de los divorcios entre parejas de distinto sexo terminaba con una custodia compartida de los hijos menores de edad; en 2012, el porcentaje era del **14,6%**, en 2014 crecía hasta el **21,2%** y en 2015 superaba el **24%**.

En 2017 la custodia compartida de los hijos menores fue otorgada en un **30,2%** de los casos de rupturas matrimoniales en España, lo que supone la cifra más elevada desde al menos la última década. La estadística de nulidades, separaciones y divorcios de 2017 indica que la custodia de los hijos menores fue concedida a la madre en el **65%** de los casos, cifra ligeramente inferior a la del año anterior (66,2%). El padre obtuvo la custodia en un **4,4%** de los procesos (5% en 2016), mientras que un **0,4%** de los procedimientos se otorgó a otras instituciones o familiares.³⁹

El ejercicio de la guarda y custodia ya sea unilateral o compartida y los derechos-funciones que subsisten en el otro padre o madre, son concebidos en vida de ambos lo que significa que la muerte de uno de ellos acarrea diversas consecuencias en lo que respecta a la guarda y custodia.

La situación parece más sencilla si fallece uno de los padres existiendo ejercicio compartido de la guarda o si muere el progenitor no custodio si ella era unilateral. En el primer caso el cuidado será ejercido en su totalidad por el progenitor sobreviviente y en el segundo caso, los derechos-funciones que le correspondían al padre o madre difunto desaparecen y la patria potestad pasa a ser ejercida por el padre o madre sobreviviente de manera exclusiva.

En cambio, la muerte del progenitor guardador en el caso de la custodia unilateral plantea varios interrogantes y es que el CC no establece qué sucede con la atribución de

³⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA: “*Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios*”, 2017. <http://www.ine.es> Última consulta: 17 de mayo de 2019.

la guarda. Pues bien, a falta de norma al respecto, lo que se plantea es conceder la guarda al padre o madre sobreviviente siempre y cuando éste o ésta acrediten aptitud suficiente para el cuidado y educación de sus hijos. El padre o madre sobreviviente no es necesariamente la persona más indicada para pasar a ejercer la guarda de sus hijos, ya sea porque puede carecer de las más mínimas capacidades para ello o porque, en ese momento, no tiene los medios y condiciones para hacerlo. Por tanto, el juez debe reunir el máximo de antecedentes que le permitan determinar la persona más idónea para tal encargo y, a falta de ésta, la institución que estime adecuada.⁴⁰

3.1. MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Las modalidades de este régimen pueden ser muy variadas, en función de las circunstancias de cada caso en concreto. En realidad, las modalidades son ilimitadas, ya que las circunstancias de los interesados pueden prestarse a todo tipo de combinaciones. Factores como el horario laboral de los padres, la distancia geográfica entre sus domicilios, sus recursos económicos, el número de hijos y su horario escolar, etc. serán decisivos para optar por una u otra fórmula de custodia compartida. E incluso esa fórmula no tiene por qué ser definitiva, ya que las circunstancias mencionadas pueden cambiar. En definitiva, los sistemas de custodia compartida tienen que ser todo lo elásticos que requieran el interés de los hijos y las circunstancias de los padres.⁴¹

Dentro de los modelos más conocidos para efectuarse la custodia compartida podemos resaltar los siguientes:

3.1.1. Custodia compartida con permanencia de los hijos en la vivienda familiar

Esta modalidad de custodia compartida también denominada “casa nido” supone desarrollar la custodia compartida en la misma casa en periodos alternos, es decir, los progenitores se tendrán que turnar en el uso de la que ha sido la vivienda familiar hasta la ruptura. Los hijos permanecen en ella y son los padres que entran y salen en función del reparto del tiempo que se haya establecido para el ejercicio de la custodia compartida.

La práctica y la experiencia han demostrado que la custodia compartida en el mismo domicilio no es muy aconsejable puesto que genera muchos conflictos entre los progenitores.

⁴⁰ LATHROP GÓMEZ, F.: “*Custodia compartida de los hijos*”. Edit. La Ley. Madrid, 2008. Págs.239 - 241.

⁴¹ PINTO ANDRADE, C.: “*La custodia compartida*”. Edit. Bosch. Barcelona, 2009. Pág. 81.

Aunque la relación entre los progenitores, tras la ruptura, sea razonablemente buena, compartir la vivienda puede ocasionar problemas como, por ejemplo, los relativos a los consumos, si la casa está limpia, si falta esto o aquello y no lo has repuesto, en fin, cada uno hará las cosas a su manera y será complicado mantener este tipo de “convivencia” durante mucho tiempo.

Además, tenemos que tener en cuenta que el hecho de la “casa nido” supone que los progenitores deban alquilarse una vivienda donde residir los tiempos que no les corresponda estar con los menores en el domicilio familiar, con el coste económico que supone la existencia de tres casas. Pensemos también en la pérdida relativa de la intimidad e, incluso, la imposibilidad de rehacer nuevamente su vida, al ser inviable vivir cada tanto tiempo en el antiguo domicilio familiar y compatibilizarlo con una nueva pareja o nuevos hijos.

Y, lo más importante es que, como consecuencia de todo esto, las tensiones que se produzcan entre los progenitores acabarán repercutiendo negativamente en el bienestar de los menores.

Es cierto que los menores no se desplazan y continúan en el que hasta ese momento ha sido su entorno, pero si lo ponemos en una balanza, considero que es un sistema que tiene más inconvenientes que ventajas y que sería aconsejable acudir a otras alternativas. Por ejemplo:

- liquidar la vivienda común y que cada parte disponga de su vivienda.
- establecer el uso exclusivo de la vivienda a favor de una de las partes si tiene una situación que requiera de especial protección (por ej. imposibilidad actual de disponer de vivienda) que normalmente será limitada en el tiempo en función de las circunstancias.

En este sentido la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava -1ª- de 3 de noviembre de 2017, nº 484/2017, rec. 440/2017** señala que “esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones al respecto, la solución de una casa nido no nos parece adecuada para la guarda y custodia compartida puesto que suele generar problemas de convivencia entre los excónyuges y también entre estos y los hijos cuando llegan a la adolescencia”. De la misma manera, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz -5ª- de 10 de enero de 2018, nº 10/2018, rec. 786/2016** revoca la instancia que había establecido el

sistema de casa nido y la sustituye por alternancias semanales con cada progenitor en su propio domicilio, debido a las malas relaciones entre ellos.

3.1.2. Custodia compartida con traslado de los hijos al domicilio de cada uno de los progenitores

En este caso, el régimen de custodia compartida implica que cada uno de los padres tiene su propio domicilio y serán los hijos los que tendrán que desplazarse a la vivienda del progenitor con el que tengan que convivir en cada momento.

En principio esta fórmula supone que el Juez no atribuye el uso de la vivienda familiar ni a los hijos ni a los progenitores, aunque sí que podría atribuirlo al progenitor en cuya compañía queden por más tiempo los hijos o, atribuirlo al progenitor más necesitado de protección.

Cabe destacar en este aspecto la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019 (STS 215/2019, Rec. 3683/2018)** que concede la custodia compartida a ambos progenitores siendo el domicilio del niño el de las respectivas viviendas de sus progenitores y no la vivienda familiar, cuyo mantenimiento no es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

Se entiende que para que esta modalidad de guarda y custodia goce de viabilidad será necesaria la cercanía de los domicilios de los progenitores.

Los jueces y tribunales españoles suelen optar en la práctica por aquella modalidad en la que uno de los progenitores convive durante más tiempo con el hijo y es un modelo en el cual “ se designa un progenitor principal que desarrolle de manera directa el cuidado del hijo, aunque compartiendo y, necesariamente, coordinando con el otro las responsabilidades parentales sobre la base de un proyecto educativo común y de un acuerdo o plan que, en condiciones de igualdad, individualice los respectivos deberes de cuidado.”⁴² Es decir, el progenitor no se limita a estar con él en un determinado periodo, sino que se involucra en sus tareas diarias como por ejemplo, lo recoge y lo lleva al colegio o lo recoge del colegio y después de hacer los deberes lo lleva al domicilio familiar, se encarga de llevarlo al médico, se queda con el menor cuando el padre custodio, por cualquier motivo, no puede estar con él.

⁴² LATHROP GÓMEZ, F.: “*Custodia compartida de los hijos*”. Edit. La Ley. Madrid, 2008. Págs. 511-512.

Por otra parte, cabe destacar que, cualquiera que sea la modalidad de custodia compartida establecida, conforme al principio de continuidad de las relaciones parentales, es sumamente aconsejable que ambos progenitores permitan recíprocamente su presencia en el interior de sus respectivas casas, de manera que se asegure el derecho del hijo de disfrutar de dicha comunicación en el contexto en que desenvolvía su vida familiar antes de la ruptura de sus padres.⁴³

3.1.3. Custodia compartida simultánea.

Es poco frecuente el ejercicio de esta modalidad de custodia ya que se necesita que los progenitores, después de la separación, continúen conviviendo en el mismo domicilio junto a sus hijos. Es poco frecuente en parte porque requiere que la vivienda tenga unas dimensiones tales que permitan la diferenciación de espacios independientes para cada uno de los progenitores donde puedan desarrollar su vida cotidiana, pudiendo los hijos acceder a ellas libremente.⁴⁴

Además, este sistema requiere la existencia de una relación de amistad y respeto entre los progenitores y que tanto la madre como el padre tengan la madurez emocional y psicológica suficiente que les permita convivir en el mismo domicilio, cosa difícil de alcanzar después de una crisis matrimonial. Sin embargo, según autores como Vázquez Iruzubieta⁴⁵, esta sería la única forma en la cual el menor saldría menos perjudicado, pues para éste será lo mismo entrar a su casa por una puerta vecina, porque en una casa estará su madre y en la otra, su padre.

3.2. REPARTO DE LOS TIEMPOS DE CONVIVENCIA.

No existe un modelo de reparto general que se pueda aplicar a todos los supuestos de crisis familiar porque cada niño es único y cada familia tiene sus peculiaridades.

La distribución de los tiempos de estancia en los supuestos de custodia compartida depende de lo que se considere responde al interés de los hijos, para lo que deberán tenerse en cuenta tanto los informes psicológicos que figuren en el procedimiento judicial, como los deseos de los propios hijos cuando tengan la edad suficiente para manifestarlos.

⁴³ LATHROP GÓMEZ, F.: *“Custodia compartida de los hijos”*. Edit. La Ley. Madrid, 2008. Págs. 519.

⁴⁴ CRUZ GALLARDO, B.: *“La guarda y custodia de los hijos menores en las crisis matrimoniales”*. Edit. La Ley. Madrid, 2012. Págs. 510-511.

⁴⁵ VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C.: *“Matrimonio y Divorcio”*. Editorial Dijusa. Madrid, España, 2005. Pág. 170.

De la misma manera, se tendrán que valorar también otras circunstancias como la edad de los hijos, sus obligaciones escolares y extraescolares, las jornadas laborales o turnos de los progenitores, la disponibilidad de una sola vivienda familiar o de otras viviendas e inconvenientes derivados de los traslados que deban realizarse, la distancia entre las residencias de ambos progenitores, las necesidades concretas de los hijos no solo de tipo educativo, sino de todo orden.

A continuación, vamos a enumerar alguno de esos periodos de alternancia.

3.2.1. Alternancia horaria dentro del mismo día.

Cuando se trata de niños menores de un año no es aconsejable el cambio de residencia, ya que los cuidados que requieren a esta edad no se pueden llevar a cabo por ambos progenitores si no viven juntos. Además, el menor no tiene conciencia suficiente para saber cuánto tiempo pasa alejado de sus padres, por lo que, el hecho de que no conviva de forma permanente con sus progenitores no afectará a su desarrollo.

En estos casos se establece un progenitor principal que será con quien conviva el menor, mientras que el otro progenitor podrá acudir a la vivienda donde resida su hijo para atenderlo durante unas horas.

3.2.2. Alternancia diaria o de dos días.

La alternancia diaria es el formato perfecto para los niños de 1 a 2 años, mientras que para los menores de entre 2 y 5 años lo ideal es que permanezcan más de dos días seguidos con cada progenitor, respondiendo este modelo a la idea de que, a mayor edad, mayor debe ser el tiempo que pasen los menores de forma continuada con cada padre.

Por tanto, cuanto mayor sea el niño menos le va a beneficiar este formato de custodia compartida. Así lo recogen las **Sentencias del Tribunal Supremo 283/2016 de 3 de mayo y 48/2017 de 26 de enero** en las que se cuestionaba haber estimado en una modificación de medidas una custodia compartida que consistía en que la madre estaría con los menores los lunes y los miércoles y el padre los martes y los jueves, siendo los fines de semana disfrutados por ambos de manera alterna. Y dicen que “si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos (10 años), el régimen propuesto con el padre no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por parecerse más a un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas”. Señalan, además, que

“si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana”.⁴⁶

3.2.3. Alternancia semanal.

La custodia compartida suele ser semanal a falta de otro acuerdo distinto. Cada progenitor pasa con los menores una semana completa. Se considera que es la modalidad más adecuada porque es un periodo ni demasiado corto ni demasiado largo, lo que permite un contacto frecuente con ambos progenitores y a su vez proporciona un régimen estable para los menores.

Para que se pueda acordar este tipo de custodia compartida, la distancia entre los domicilios de los progenitores no debe ser excesiva. Así lo ha considerado también el **Tribunal Supremo en la Sentencia 370/2017, de 9 de junio de 2017** desestimando el recurso interpuesto contra la sentencia que acordó el régimen de custodia compartida del hijo menor de los litigantes con alternancia semanal en diferentes domicilios y localidades, al entender que el tiempo utilizado en el desplazamiento de una a otra, de cuarenta y tres minutos, no resultaba excesivo.

3.2.4. Alternancia quincenal o mensual.

En este caso el niño convive quince días seguidos o un mes con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.

3.2.5. Alternancia anual, semestral o trimestral.

Este sistema de alternancia consiste en el ejercicio de la custodia por periodos ininterrumpidos de un año, seis meses o tres meses por parte de cada uno de los progenitores. El motivo para establecer estos periodos de alternancia tan largos es la búsqueda de la estabilidad por parte de los menores, para que puedan crecer en un ambiente sin demasiados cambios.

Se trata de un modelo de alternancia que es recomendable para los hijos menores que tienen cierta edad y han alcanzado un grado de madurez psicológica suficiente como para no verse afectados por el hecho de pasar largos periodos de tiempo sin ver a uno de sus

⁴⁶ Se hace referencia a ello en la Sentencia del Tribunal Supremo 2572/2017 de 27 de junio. www.poderjudicial.es Última consulta: 7 de junio de 2019.

padres. Con el fin de hacer más ameno el tiempo en el que el menor no convive con uno de los padres, la jurisprudencia ha establecido regímenes de visita más amplios siendo frecuente el establecimiento del régimen de visita propio de la custodia exclusiva, eso es, permanencia del menor con el padre con el que no convive en ese momento durante fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones de verano.⁴⁷

Pero, como bien sabemos, lo primordial es el interés superior del menor que está por encima del vínculo parental y, por esta razón, la **Sentencia del Tribunal Supremo 229/2018, de 18 de abril de 2018**⁴⁸ ha desestimado conceder la custodia compartida de dos niños cuyo padre reside en Pamplona y la madre en Tokio. En el recurso el padre solicitó que los niños residieran en periodos alternos de un año con cada uno de los padres, es decir, un año en España con el padre, y al año siguiente en Japón con la madre, y así sucesivamente. El TS rechaza la pretensión porque entiende que la distancia entre Pamplona y Tokio hace “inviable” la custodia compartida y el interés superior del menor en este caso es que sigan bajo la custodia de la madre en Tokio.

3.3. FORMAS PARA ESTABLECER LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

3.3.1. A solicitud de ambos progenitores.

El art. 92 del CC establece en su apartado 5º que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”.

Por lo tanto, serán los propios progenitores quienes, a través del convenio que regula los efectos de la disolución del matrimonio, establezcan el tiempo de convivencia que repartirán los menores con cada uno de ellos, así como la fijación de la residencia de estos, ya que se entiende que los padres son los que mejor conocen la dinámica y la situación de su familia.

En esta línea, para la obtención de dicho acuerdo de custodia compartida adquiere especial protagonismo el recurso a la mediación familiar, ya que esta figura tiene como

⁴⁷ PINTO ANDRADE, C.: “*La custodia compartida*”. Edit. Bosch. Barcelona, 2009. Págs. 269-270.

⁴⁸ <https://supremo.vlex.es> Última consulta: 8 de junio de 2019

objetivo ayudar a las partes y facilitarles la obtención “por ellas mismas” de un acuerdo satisfactorio.⁴⁹

En estos casos, cuando existe un acuerdo entre los progenitores sobre la custodia que se va a ejercer sobre los hijos, el juez tendrá que valorar si esa opción es la más adecuada, pudiendo llegar a conceder la custodia exclusiva a uno de los progenitores cuando el acuerdo resulte dañoso o perjudicial para los menores.

No obstante, la homologación judicial del convenio regulador no debe limitarse a una revisión formal, sino que requiere una investigación previa con el objeto de verificar y constatar si lo establecido en las cláusulas satisface el interés del menor.⁵⁰

Para que se acuerde por el órgano judicial el ejercicio compartido de la guarda y custodia serán necesarios los siguientes requisitos⁵¹:

1º. Informe del Ministerio Fiscal, no vinculante ya que según nuestra Constitución la potestad jurisdiccional corresponde únicamente a los Juzgados y Tribunales, nunca al Fiscal, el cual solo podrá emitir un dictamen, al no ser misión suya juzgar, sino tan solo efectuar una valoración de los hechos.

2º. Audiencia a los hijos menores de edad siempre y cuando tuvieran suficiente juicio, bien de oficio, si se estima necesario, bien a petición del MF, de las partes o de los miembros del equipo técnico judicial, o incluso del propio menor.

3º. Valoración de las alegaciones de las pruebas vertidas en la comparecencia, la prueba practicada en la misma, y la relación que los progenitores mantengan entre sí y de cara a sus hijos, para así poder determinar la idoneidad del régimen de guarda y custodia propuesto o solicitado.

Cabe concluir que el juez, ante un procedimiento de mutuo acuerdo, no puede adoptar de oficio la guarda y custodia compartida, pero una vez pactada, no le está prohibido indicar sus términos tal y como lo estime oportuno.

⁴⁹ PINTO ANDRADE, C.: “*La custodia compartida*”. Edit. Bosch. Barcelona, 2009. Pág. 64.

⁵⁰ PINTO ANDRADE, C.: “*La custodia compartida*”. Edit. Bosch. Barcelona, 2009. Pág. 65.

⁵¹ ROMERO COLOMA, A.M. “*La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*”. Colección Scientia Iuridica. Madrid. 2011. Pág. 26.

3.3.2. A solicitud de uno de los progenitores.

Este es el supuesto que se da con más frecuencia en la práctica judicial ya que en la mayoría de los casos los excónyuges no logran ponerse de acuerdo respecto de las medidas definitivas a adoptar y, en particular, respecto de la delicada cuestión de la custodia de los hijos.

Así, la redacción dada al art. 92 del CC en su apartado 8⁵² permite que, a pesar de la falta de acuerdo de los padres, la custodia compartida pueda, excepcionalmente, adoptarse por el Juez señalando que “excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”

Por tanto, atendiendo al tenor literal de este precepto, para que el juez acuerde la medida de custodia compartida, han de cumplirse las siguientes condiciones:

- Que la custodia compartida sea solicitada por alguna de las partes, cualquiera de los excónyuges, esto es, el demandante puede solicitarla en el escrito de demanda, pero, también la solicitud puede provenir del demandado instando en el escrito de reconvención que la custodia sea ejercida por ambos.
- Que se emita un informe por parte del Ministerio Fiscal.
- Que el juez alcance el convencimiento de que solo con la adopción de la custodia compartida se protege, adecuadamente, al interés superior del menor.

La excepcionalidad a la que se refiere el apartado 8 debe interpretarse en relación con el apartado 5 del mismo artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. En el caso de que no haya acuerdo, el art. 92.8 del CC no excluye esta posibilidad, aunque, en ese caso, el Juez deberá acordarla “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege

⁵² Respecto del apartado 8, la STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “favorable”, que aparecía en la redacción dada a este apartado por la Ley 15/2005. Dicha redacción era la siguiente: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.” La mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional resuelve así la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912/2016, planteada por la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

adecuadamente el interés superior del menor”. Por lo tanto, no será necesario concretar el significado de la palabra “excepcionalmente” contenida en el art. 92.8 del CC, ya que la redacción del artículo deja claro que se refiere a la falta de acuerdo entre los excónyuges sobre la custodia compartida y no a que existan circunstancias específicas para acordarla”.

Y así lo ha señalado el **Tribunal Supremo en la Sentencia 257/2013, de 29 de abril de 2013** al decir que “el art 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando es solicitada por ambos progenitores y la segunda, párrafo 8, que permite “excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco”, acordar este tipo de guarda “a instancia de una de las partes.”

Otro criterio para tener en cuenta es la voluntad del menor, siendo necesario escuchar su voluntad.

También se tiene que tener en cuenta la relación de los progenitores. En este sentido, en la **Sentencia 619/2014 de 30 de octubre de 2014**, el Alto Tribunal consideró que no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaba. Decía, además, que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor.”⁵³

Sin embargo, en la **Sentencia 96/2015, de 16 de febrero**, el TS consideró “razonables” las divergencias entre los padres, lo cual no imposibilita el régimen de guarda y custodia compartida “que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el sentimiento de pérdida, no cuestiona la idoneidad de los padres y estima la cooperación de estos en beneficio del menor”.

De ese modo, la sentencia indica que “para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el dialogo.”⁵⁴

⁵³ STS 619/2014, de 30 de octubre de 2014. Diario La Ley, Nº 8734, Sección Dossier, 5 de abril de 2016, Editorial La Ley. <http://diariolaley.laley.es> Última consulta: 15 de julio

⁵⁴ STS 96/2016, de 16 de febrero de 2015. Diario La Ley, Nº 8734, Sección Dossier, 5 de abril de 2016, Editorial La Ley. <http://diariolaley.laley.es> Última consulta: 15 de julio

En esta misma línea, en la **Sentencia 143/2016, de 9 de marzo de 2016**, el TS recuerda que la adopción del sistema de custodia compartida requiere una mínima capacidad de diálogo para no perjudicar el interés del menor, “y en el presente caso no se puede pretender un sistema de custodia compartida cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración , que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos”.⁵⁵

Como podemos ver el TS resuelve siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, por lo que, una vez más, nos damos cuenta de que hay que analizar caso por caso, no siendo aconsejables los automatismos.

4. MEDIDAS QUE ACOMPAÑAN A LA ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Una vez establecido el sistema de guarda y custodia, junto a él, se tendrá que resolver también sobre algunas medidas que le son inherentes, como pueden ser: la vivienda familiar, la pensión de alimentos, la ubicación de los domicilios de los progenitores y los regímenes de visita.

4.1. LA VIVIENDA FAMILIAR

En nuestra legislación no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar para adaptarla al régimen de custodia compartida, a excepción de lo que ocurre en las legislaciones de Aragón, Cataluña o Navarra, entre otras.

Pues bien, una vez más el Tribunal Supremo ha venido a llenar este vacío y ha establecido nuevos criterios de interpretación que son utilizados tanto por los Juzgados de Primera Instancia, como por las Audiencias Provinciales.

En este aspecto, nos dice el TS que será necesario diferenciar si nos encontramos ante una custodia exclusiva, en cuyo caso vamos a aplicar lo establecido en el párrafo primero del art. 96 del CC o si, por el contrario, estamos ante una custodia compartida, por lo que se aplicará lo previsto en el apartado segundo del mismo artículo.

En el caso de la custodia exclusiva no se plantea ningún problema ya que el uso y disfrute de la vivienda familiar será atribuido a los menores junto con el progenitor custodio.

⁵⁵ STS 143/2016, de 9 de marzo de 2016. Diario La Ley, N° 8734, Sección Dossier, 5 de abril de 2016, Editorial La Ley. <http://diariolaley.laley.es> Última consulta: 15 de julio

Puede ser la vivienda familiar propiedad de ambos progenitores, de uno de ellos o, incluso, de terceros, y con independencia de ello, el mandato legal contenido en el art. 96.1 CC establece que el uso sea atribuido a los menores puesto que el fundamento se encuentra en la protección de los menores y en el principio del mayor interés de estos.

En cambio, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en el caso de la custodia compartida, supone una situación mucho más compleja, ya que, dada la falta de regulación en esta materia, el TS se ha visto obligado a interpretar los preceptos legales existentes y aplicarlos analógicamente al sistema de custodia compartida.

Por ello, haciendo una interpretación analógica de la norma contenida en el párrafo segundo del art. 96 del CC (“Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente”), determina, en defecto de acuerdo de los cónyuges, algunas posibles soluciones de atribución de la vivienda familiar, en función de los siguientes factores:

- la necesidad de compaginar los periodos de estancia de los hijos con cada uno de sus padres, de manera que los hijos puedan disponer de una vivienda cuando estén en compañía de cualquiera ellos.
- tener en cuenta si la vivienda es privativa de uno de los padres o común para que no se prive al titular de su derecho.

A partir de la doctrina sentada por el TS, los Juzgados y Tribunales de nuestro país vienen adoptando las siguientes decisiones:

1) El establecimiento de la “casa nido”.

Tal y como hemos señalado en el capítulo anterior, esta medida supone que serán los hijos menores los que quedarán en el domicilio familiar teniendo que desplazarse los padres en los periodos de convivencia establecidos. Es una medida muy poco utilizada debido a los problemas que suele generar (problemas económicos, problemas de índole cotidiana, problemas personales, etc.).

2) Atribuir la vivienda familiar a uno de los padres.

Puede ocurrir que uno de los padres tenga mayor dificultad para acceder a una vivienda que el otro porque no tiene una vivienda en propiedad, carece de recursos económicos o, porque tenga ingresos muy inferiores al otro.

En estos casos, cuando uno de los progenitores precise de una especial protección, cabe la posibilidad de que se le atribuya el uso de la vivienda para que así pueda llevarse a cabo la convivencia con los hijos durante los periodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía.

Surge aquí la duda de si la atribución del uso de la vivienda que fue familiar se deba hacer de manera indefinida o con carácter temporal. En este sentido, el TS ha establecido que en los casos en los que la vivienda pertenezca a ambos progenitores o a aquél al que no se le atribuye, siempre y cuando no se ponga en peligro el régimen de

custodia compartida, se debe hacer una asignación temporal (dos o tres años)⁵⁶ para que en este tiempo el padre o la madre puedan buscar otra vivienda.⁵⁷

3) Liquidar la vivienda familiar.

Una vez que ha finalizado el plazo de atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores o cuando ninguno de los padres necesita de una especial protección por disponer cada uno de una vivienda, entiende el TS que el inmueble que constituyó el domicilio familiar debe quedar sometido al correspondiente proceso de liquidación.

En conclusión, el TS intenta adaptar las diferentes resoluciones judiciales a la realidad actual, teniendo siempre en cuenta la protección del interés de los hijos menores, que prevalece sobre cualquier otra cuestión, así como, dar un equilibrio a los derechos económicos y patrimoniales de los progenitores, más aún en la situación actual del sistema de custodia compartida puesto que hay un grave vacío legal.

⁵⁶ Sentencia nº 513/2017, de 22 de septiembre y Sentencia nº 517/2017 de 22 de septiembre en las que el TS ha limitado a 2 años la atribución del uso de la vivienda familiar a uno solo de los progenitores cuando el régimen de custodia acordado es el de guarda y custodia compartida.

⁵⁷ A ello se refiere también la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo nº 1545/208, de 11 de mayo de 2018.

4.2. LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

La obligación de prestar alimentos viene regulada en el art. 39.3 CE, según el cual, “los padres deben prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

Y al contenido de esta obligación se refiere el art. 142 CC que dice que “se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”, comprendiendo también la educación y la formación de los hijos.

A la hora de fijar la pensión de alimentos los jueces tienen en cuenta dos aspectos, las necesidades de los menores y la capacidad económica de los progenitores tal y como establece la **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2017** que dice que “la obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges” o, como precisa el art. 93 del CC, de “las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

Tradicionalmente el TS se mostró acorde con que la pensión de alimentos en la custodia compartida fuese satisfecha por cada progenitor, con sus ingresos, respecto del tiempo que tenía a los menores consigo, es decir, si los menores estaban con cada progenitor en semanas alternas, los progenitores abonarían los gastos de comida, vestido, etc., por el tiempo que los menores estuviesen con ellos. A ello se refiere en la **STS de 14 de octubre de 2015** al señalar que “A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal y satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%”.

A tal fin, los cónyuges tendrán que abrir una cuenta bancaria común en la que tendrán que depositar la misma cantidad de dinero para satisfacer las necesidades de los menores, como son las cuotas escolares, uniformes, material escolar, clases extraescolares, etc. De esta manera ya no es un cónyuge el que abona al otro una pensión de alimentos, sino que ambos progenitores contribuirán al sostenimiento de los menores de manera igualitaria.

Sin embargo, debido al establecimiento más frecuente del régimen de custodia compartida, los Tribunales han tenido que resolver las distintas problemáticas que cada caso plantea, entre ellas, la del establecimiento de la pensión de alimentos cuando hay desproporción entre los ingresos de los progenitores.

En este sentido, **el TS en la Sentencia nº 55, de 11 de febrero de 2016** declaró que la existencia de una custodia compartida no eximia per se el pago de una pensión de alimentos en los casos de importantes diferencias entre patrimonios: “Esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges o, como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da”.

Por lo tanto, el criterio que actualmente se mantiene es que, en caso de custodia compartida, cuando exista desproporción entre los ingresos de los progenitores, el Juez podrá fijar una pensión de alimentos a cargo del que tenga una mejor situación.

Dada la evolución en esta materia se ha observado una considerable reducción de las solicitudes de custodia compartida por parte de aquellos progenitores que lo único que buscaban con ello era evitar o conseguir el pago de una pensión de alimentos.

Lo que se consigue con esta medida es que el sostenimiento de los hijos sea más justo y equitativo y que ambos progenitores vean a donde va su dinero ya que el progenitor no custodio puede llegar a pensar que el dinero que abona es excesivo para los gastos de sus hijos y que la parte sobrante se la queda el excónyuge para su disfrute, aumentando así la tensión entre los progenitores.

En sensu contrario, cuando hay custodia compartida y no hay desproporción de ingresos no procede pensión de alimentos y así lo explica la **Sentencia nº 545/2016 del TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 16 de septiembre de 2016** al señalar que “Al no constar que concurra desproporción en los ingresos de los progenitores (art.145 del CC), no es preciso fijar pensión alimenticia. Por tanto, ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%”.

4.3. UBICACIÓN GEOGRÁFICA DE LOS DOMICILIOS DE LOS PROGENITORES

La distancia entre los domicilios de los progenitores es una circunstancia que los Tribunales tienen en cuenta a la hora de imponer la custodia compartida.

Lo ideal para los hijos sería que los domicilios de los progenitores se encuentren próximos, para que el entorno familiar del menor sea lo más parecido posible a la estructura familiar previa a la separación o divorcio. Sin embargo, ello dependerá de las circunstancias de cada progenitor.

No se ha fijado una distancia máxima entre los domicilios para acordar la custodia compartida, sino que se ponderará en función de las circunstancias concretas. Para ello no se tendrá en cuenta solamente la distancia en kilómetros, sino también otros factores como son: las vías de acceso, densidad del tráfico, la existencia de medios de transporte o el tiempo a invertir en el trayecto. Asimismo, es especialmente importante valorar la distancia del domicilio de cada progenitor al centro escolar.

Pues bien, para entenderlo mejor vamos a ver a continuación que soluciones han dado los Tribunales a los distintos casos producidos en la práctica.

Cuando los padres viven en ciudades distintas lo normal es que no se atribuya la custodia compartida. Así lo consideró la **Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 30 de junio de 2016** la cual confirmó que, como la distancia entre domicilios es de 140 km, no puede imponerse a la madre el traslado y prima la estabilidad personal y escolar del hijo.

Por su parte, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre ello en diversas sentencias: la **Sentencia de 1 de marzo de 2016** que consideró inviable la adopción de un sistema de custodia compartida dada la distancia entre los domicilios de los progenitores situados en Cádiz y Granada (300 km) y la **Sentencia de 10 de enero de 2018** que rechazó la custodia compartida entendiendo que no procede con una distancia de 1.000 km (Guipúzcoa y Cádiz) cada tres semanas, a pesar de que el hijo aún no estaba escolarizado. Argumenta que el menor precisa un marco estable de referencia, alejado de una “existencia nómada”.

Sin embargo, las dudas surgen con las distancias intermedias, cuando los progenitores viven en municipios o localidades diferentes dentro de una misma provincia.

Así, la **Sentencia del TS de 17 de febrero de 2017** ha considerado posible la custodia compartida para una distancia entre Madrid y Coslada de 15 km. Del mismo modo, la **Sentencia de la AP de Córdoba de 27 de junio de 2017** admitió la custodia compartida con una distancia entre los domicilios de 30 km por la autovía A-4 argumentando que,

aunque es algo superior a otros supuestos, existe una adecuada comunicación a través de una vía circulatoria rápida.

Por otra parte, la **Sentencia de la AP de Barcelona de 7 de abril de 2017** denegó la custodia compartida al existir una distancia de 40 km entre los domicilios de los progenitores y el centro escolar del menor. Considera un hecho notorio que los accesos a Barcelona desde el domicilio del padre sufren importantes retenciones y congestiones de tráfico, sobre todo por las mañanas. Circunstancia esta, que obligaría a los menores a levantarse muy temprano, además de tener que soportar todo el viaje de vuelta con los consiguientes trastornos que ello implica para dedicarse a los deberes y superar dificultades de rendimiento escolar.

Sin embargo, la **Sentencia del TS de 9 de junio de 2017** ha considerado viable la custodia compartida residiendo los padres a una distancia de 46 km. Determina que, aunque la distancia entre los domicilios de los progenitores es significativa, el colegio al que acude el menor es equidistante entre ambos municipios.

Como podemos observar, en uno de los casos 40 km de distancia entre los domicilios fue motivo para denegar la custodia compartida y, sin embargo, en el otro con 46 km fue posible su atribución. Por tanto, la distancia máxima es relativa y se tendrá que determinar en función de las circunstancias del caso concreto, por lo que, como siempre ocurre en esta materia, no conviene generalizar.

No obstante, entiendo que duplicar colegios, médicos, hacer y deshacer maletas, recorrer cientos de kilómetros cada tanto tiempo, son cuestiones que deben alterar notablemente la vida del niño. Por eso, aunque la pareja se rompa, no se debe olvidar que las necesidades de los niños continúan siendo las mismas, y en la medida que se pueda, los padres deben velar por ellas y hacerles sentir seguros y tranquilos con la nueva situación.

Aplicar el sentido común y buscar en todo momento el bienestar físico y emocional del menor deberían ser las dos premisas que imperaran siempre en un proceso de divorcio, haya o no distancia entre los domicilios.

4.4. RÉGIMENES DE VISITA

Una vez producida la crisis matrimonial, los progenitores o, en su caso, el Juez deben establecer la forma en que los padres se van a relacionar con los hijos. Esta situación hace referencia a lo que tradicionalmente se ha venido denominando derecho de visita, el cual

se define como un “conjunto de facultades que posibilitan a todo progenitor relacionarse con aquellos de sus hijos con los que, por la particular situación que atraviesa el núcleo familiar, no puede convivir”⁵⁸.

A lo largo del tiempo se han utilizado distintos conceptos para referirse a la relación que mantiene el progenitor no guardador con sus hijos, entre los cuales, derecho de visitas, derecho de comunicación y estancias, derecho a relacionarse.

Estos preceptos son utilizados indistintamente tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, aunque la expresión derecho de visitas resulta hoy pobre e insuficiente, puesto que no comprende la amplitud de las relaciones entre el menor y su progenitor no custodio en el sentido de que las relaciones entre ellos no se limitan a la simple visita, sino que comprende otras formas de comunicación (telefónica, cartas, mails...) e incluso la convivencia durante días o semanas.

Para Pérez Vallejo⁵⁹ el término “visitas” encierra en sí mismo un matiz peyorativo, pues su utilización proyecta la sensación de que tras la ruptura de la pareja, habrá un ganador-vencedor (progenitor que tiene la guarda y custodia) y un perdedor o vencido (el progenitor que los visita); mientras que el “derecho de relacionarse” expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, incluidas las estancias del hijo durante cierto tiempo en el domicilio del no custodio.

Sin embargo, desde mi punto de vista, no creo que lo más conveniente sea diferenciar el término de “visitas” del de “comunicaciones y estancias”, ya que la forma en la que se relaciona el progenitor no custodio con sus hijos no puede ser únicamente amplia, hasta el punto de incluir pernoctas, sino que también puede consistir en compartir con los niños unas horas en un día concreto, lo que se encuadra en el término de “visitas”. Por tanto, considero que deberíamos hablar de un “derecho de visitas, comunicación y estancias” en su conjunto.

⁵⁸ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *“Ejercicio de la Patria Potestad Cuando los Padres No Conviven”*, Editorial Aranzadi. Primera Edición. Navarra, España, 2011. Pág. 151.

⁵⁹ PÉREZ VALLEJO, A.M.: *“Régimen de visitas del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos”*, en GARCÍA GARNICA, M.C.: *“La protección del menor en las rupturas de pareja”*. Primera edición. Editorial Aranzadi, Navarra, 2009. Págs. 349-351.

Después de sobrevenida la crisis matrimonial, este derecho de visitas, comunicación y estancias será atribuido al progenitor que no tenga asignada la guarda y custodia de los hijos en exclusiva, siendo también aplicable a los casos de custodia compartida, ya que es necesario que el progenitor continúe relacionándose con sus hijos en el periodo en que no esté ejerciendo su guarda, sobre todo si el espacio de tiempo es largo.

Así, Guilarte Martín-Calero⁶⁰, sostiene que el régimen de visitas, comunicación y estancias no se limita a los supuestos de guarda exclusiva, pues, aunque se acuerde el sistema de guarda compartida, en cada periodo el padre o la madre es guardador en exclusiva, de suerte que será necesario fijar también en aquél sistema este régimen, a no ser que los periodos de alternancia sean muy reducidos, en cuyo caso no es preciso garantizar el derecho a relacionarse con los hijos, pues ya lo hace el propio funcionamiento de la modalidad de ejercicio de la guarda elegido.

En este régimen de visitas, comunicación y estancias se concretará el tiempo, modo, lugar y demás condiciones en las que se llevaran a cabo los encuentros y estancias, atendiendo al interés de los hijos, pero también a su edad, horarios escolares, disponibilidad del progenitor en función de su jornada laboral, distancia entre domicilios, etc.

Por tanto, si el tiempo de alternancia de la custodia compartida entre los progenitores comprende periodos temporales muy amplios, de un mes, trimestre, curso escolar, el que no tenga a los hijos durante ese periodo bajo su guarda, disfrutará de un régimen de visitas, comunicaciones y estancias con ellos. Pudiéndose llegar a excluir este régimen de visitas, comunicaciones y estancias en aquellos casos en los que se hubiera acordado la custodia compartida por periodos de tiempo muy cortos, esto es, de duración semanal o quincenal e, incluso, de duración inferior a la semana.

Muchas veces al hablar de guarda y custodia de los hijos, se excluye el debate acerca de qué ocurre con otros familiares cercanos de los menores, como es el caso de los abuelos.

Aunque por familia se entiende normalmente la relación existente entre padres e hijos, no podemos olvidarnos de los abuelos, quienes, hoy en día, se configuran como auténticos cuidadores de sus nietos, jugando un papel fundamental en la vida de los menores.

⁶⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *“Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”*. Edit. Lex Nova, Primera edición, Valladolid, España, 2005. Pág. 153.

El derecho de visita por parte de los abuelos viene regulado en los arts. 94.2⁶¹ y 160.2⁶² del Código Civil, así como en multitud de sentencias del Tribunal Supremo. Para poder ejercer este derecho tienen la posibilidad de interponer una demanda en reclamación de un régimen de visitas con los menores, lo que les puede ser otorgado o denegado en el caso de existir causa justa.

Ahora bien, el derecho de visita de los abuelos suele tener un alcance inferior al de los progenitores, ya que con esta situación lo que se busca es fomentar la relación afectiva y de cariño entre abuelos y nietos. Sin embargo, nada impide que cuando los menores estén en compañía de su progenitor, los abuelos puedan relacionarse con los niños como lo harían sus padres⁶³.

4.5. RELACIÓN DE LOS PROGENITORES Y CON EL MENOR

Dispone el art. 92.6 del CC que, para acordar cualquier régimen de custodia, el Juez tendrá en cuenta, entre otras cuestiones, “la relación que los padres mantengan entre sí”.

Tradicionalmente, una mala relación entre los progenitores ha sido la causa alegada con más frecuencia por nuestros Tribunales para la denegación del régimen de custodia compartida. El hecho de que el proceso de ruptura se había desarrollado con la presencia de conflictos, tensiones, desavenencias entre los progenitores daba lugar a la desestimación frecuente de la custodia compartida.

A ello se refiere la **SAP de Almería de 27 de diciembre de 2012** cuando señala que “Las relaciones entre los padres no parecen las más adecuadas para establecer la custodia compartida habida cuenta de las serias desavenencias que presentan”.

Sin embargo, hoy en día, se viene a entender que la custodia compartida no resultará adecuada ni conveniente “en supuestos de enfrentamiento y conflictividad extrema entre los progenitores” y ello ocurre especialmente cuando existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento de sus padres, en cuyo caso se tendrán que ponderar los intereses en juego y, en especial, los del niño.

⁶¹ Art. 94.2 CC “Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor”.

⁶² Art. 160.2 CC: “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”.

⁶³ CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos menores en las crisis matrimoniales*. La Ley. Madrid, 2012. Págs. 291-292.

Por tanto, parece lógico que a los progenitores no se les puede exigir una relación perfecta y ejemplar ya que hay que tener en cuenta que han pasado por una ruptura recientemente y la relación entre ellos se encuentra deteriorada. En esta misma línea se ha expresado la **SAP de Salamanca de 14 de junio de 2016**, al entender que para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el dialogo que se han de suponer existentes en los litigantes.

Otra circunstancia que suelen tener en cuenta los Tribunales para atribuir la custodia compartida es la relativa a la disponibilidad laboral de los progenitores. Las profesiones que exigen viajes y desplazamientos continuos y de cierta permanencia, normalmente, no aconsejan la custodia compartida.

El hecho de que uno de los progenitores viaje de forma constante por motivos de trabajo, puede llevar a que la custodia compartida no proporcione al menor la estabilidad necesaria en su día a día, motivo suficiente para preferirse un sistema de custodia monoparental con un régimen de visitas muy amplio.

Sin embargo, aunque los Tribunales consideran que los horarios laborales son un elemento muy importante que se tendrá que tener en cuenta a la hora de fijar la custodia, entienden que en absoluto pueden ser la causa que impida el establecimiento de la custodia compartida. Así, la **SAP de Girona de 16 de enero de 2014** señala que, en aquellos casos en los que por cuestiones laborales no fuese posible la pernocta del menor en casa del progenitor, ello no será un impedimento para establecer la custodia compartida, pues, estima que lo más importante es el ejercicio compartido de las funciones parentales, sin que sea necesaria la existencia de una guarda totalmente igualitaria.

Asimismo, entiende la doctrina como condición fundamental para el establecimiento de la guarda y custodia compartida, la existencia de una dedicación previa de los progenitores al cuidado de los hijos.

Esto en la práctica significa que, aunque los padres sean igual de aptos y capaces para cuidar a los hijos, el progenitor que antes de la ruptura se hubiera ocupado de una forma primordial del cuidado y atención diaria de los menores, lo seguirá haciendo después de

la ruptura, atribuyéndosele la guarda en exclusiva por entenderse que es el progenitor que presenta mayor idoneidad para el cuidado del menor.

Pero, si antes de la ruptura, ambos progenitores se hubieran implicado de igual manera en el cuidado y atención de los hijos, siendo, por tanto, igual de aptos e idóneos, tras la ruptura, ambos deberían seguir haciéndolo a través de un sistema de custodia compartida.

4.6. NO SEPARACION DE LOS HERMANOS

Si acudimos al Código Civil, observamos que el artículo 92.5 establece que, tras la separación o divorcio, el juez acordará la guarda y custodia de los hijos adoptando las cautelas procedentes y “procurando no separar a los hermanos”.

Puesto que este artículo utiliza el término “procurando” la conclusión que extraemos es que dicho principio no se erige como un imperativo legal, es decir, su aplicación no es obligatoria ni, mucho menos, automática por lo que su aplicación se hará siempre teniendo en cuenta el interés del menor.

Lo que se pretende con ello es que, a pesar de la ruptura familiar, los hermanos continúen teniendo entre ellos una vinculación afectiva parecida a la que tenían antes de la crisis matrimonial, potenciando de esta manera los vínculos familiares.

Nuestro Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, ha puesto de manifiesto que los hermanos solo deben separarse en caso imprescindible, ya que lo conveniente es que permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos.

Sin embargo, en algunos casos concretos nos podemos encontrar con que no se cumple este principio de no separar a los hermanos otorgándose la guarda y custodia de cada hijo a un progenitor diferente o, incluso, custodia exclusiva respecto de un hijo y custodia compartida respecto de otro. Y esto es así porque el Juez ha llegado a la conclusión, siempre fundada y motivada, de que la separación de los hermanos es más beneficiosa para la formación, educación y desarrollo de los propios menores.

Precisamente en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la **Sentencia de 25 de septiembre de 2015**, en la que ha acordado la separación de los hermanos, otorgando la custodia exclusiva de dos hijos al padre y de otros dos a la madre, por ser lo más beneficioso para los hijos.

Existen, sin embargo, una serie de supuestos que han sido admitidos por la doctrina en los que se permite separar a los hermanos, por ejemplo, cuando hay una gran diferencia de edad entre ellos, es decir, cuando uno es mayor de edad y el otro es aún bebé, pues en este supuesto su separación no causaría, generalmente, mayor perjuicio emocional o de otro tipo, relevante para el desarrollo de estos.

Igualmente, cuando los hermanos han vivido siempre separados, en caso de unirlos podría ser incluso contraproducente para su desarrollo afectivo.

Otro supuesto es el que ha resuelto la **SAP de Madrid, de 30 de junio de 2010 (nº 491/2010)** que atribuyó la custodia del hijo al padre y la de la hija a la madre, y ello en base a las necesidades vitales del hijo varón que tras la separación tenía conductas inadecuadas de hiperactividad, rechazo y agresividad hacía la madre, que hacían necesaria su salida del entorno materno.

5. INCONVENIENTES Y VENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Al constituir la custodia compartida el objeto del presente trabajo considero oportuno examinar las ventajas y los inconvenientes que presenta este régimen en relación con los hijos menores, pero también en relación con los progenitores.

Por tanto, podemos señalar las siguientes ventajas⁶⁴:

- La custodia compartida busca que el hijo conserve su relación con ambos progenitores en el mayor grado posible y consecuentemente sufra en menor medida la ruptura familiar.
- Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando así, el sentimiento de pérdida que tiene uno de los progenitores cuando se atribuye la custodia en exclusiva al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.

⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 102/2007, de 20 de febrero de 2007.

- Implica un reparto igualitario de los deberes y obligaciones de los padres con relación a sus hijos al mismo tiempo que garantiza a los hijos la posibilidad de criarse con ambos progenitores, constituyendo el modelo de convivencia que más se acerca al modelo anterior a la ruptura.
- La convivencia continuada del menor con sus dos progenitores evita que aquél tome como único modelo de comportamiento a uno de ellos, equiparando sus relaciones tanto con su madre como con su padre.
- Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono, sentimiento de culpa, sentimiento de lealtad, sentimiento de negación, sentimiento de suplantación, etc.
- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres, que permite una mayor aceptación y comprensión del nuevo contexto, evitando situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres hacia los hijos.
- Ambos progenitores pueden disponer de tiempo libre para su vida personal y profesional, evitando que uno de los dos quede excesivamente condicionado al cuidado y atención de los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce la ruptura se tiende a suplir con la compañía de los hijos, convirtiéndose éstos en la única razón de vivir del progenitor.
- Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda y custodia compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte, asimismo, en un modelo educativo de conducta para el menor.

A pesar de todo lo que he expuesto hasta el momento, y que considero que la custodia compartida es la opción más beneficiosa en muchos casos para los hijos y también para los progenitores, no se puede obviar que hay ocasiones en las que la concesión de la custodia compartida podría resultar perjudicial.

- El inconveniente más plausible es la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio y los problemas de integración y adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando⁶⁵.

En este sentido, se puntualiza que los menores que permanecen alternativamente y por periodos cíclicos con cada uno de los progenitores, deben adaptarse a las costumbres, valores existenciales, modelos de identificación, decisiones pedagógicas y medidas educativas diversas y contradictorias pudiendo resultar fuertemente expuestos al riesgo de desarrollar una tendencia de desdoblamiento de la propia personalidad para complacer los deseos explícitos o implícitos de ambos padres⁶⁶.

Por tanto, la seguridad de los menores se ve afectada al no contar con un punto de referencia estable, al generarse una convivencia itinerante y al hacerse imposible la uniformidad de criterios educacionales.⁶⁷ Siendo necesario, para una mayor estabilidad de los menores, que las costumbres en ambos núcleos familiares sean, si no iguales por lo menos parecidas.

- La dificultad de llegar a un acuerdo en cuanto a la custodia en aquellos casos en los que el profundo deterioro de la relación de pareja impide un entendimiento entre los excónyuges.
- En numerosas ocasiones los progenitores piden para sí la guarda y custodia no por entender que es la mejor opción para sus hijos sino porque saben que la custodia arrastra otras medidas complementarias como el uso de la vivienda familiar y las pensiones de alimentos.
- Los padres se ven obligados a hacer frente a mayores gastos, ya que tienen que tener sus respectivas viviendas acondicionadas para poder darles a sus hijos un lugar adecuado para vivir.
- Es necesaria una mayor flexibilidad horaria por parte de los progenitores

⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 102/2007, de 20 de febrero de 2007.

⁶⁶ LATHROP GÓMEZ, F.: *"Custodia compartida de los hijos"*. Edit. La Ley. Madrid, 2008. Pág. 485.

⁶⁷ LATHROP GÓMEZ, F.: *"Custodia compartida de los hijos"*. Edit. La Ley. Madrid, 2008. Pág. 484.

- Aumento profundo del deterioro de la relación entre los progenitores, si uno de ellos utilizase al menor como arma arrojadiza, provocando en el menor una desestabilización emocional adicional.

6. CONCLUSIONES

Una vez finalizado el estudio detallado de la guarda y custodia compartida de los hijos menores en España podemos extraer las siguientes conclusiones:

- La custodia compartida es una modalidad de guarda y custodia que ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 15/2005 y nace como expresión del derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores por igual teniendo por objeto lograr un adecuado desarrollo afectivo y emocional de los niños tras la ruptura familiar.
- La custodia compartida se fundamenta en el llamado “interés superior del menor” por lo que todas aquellas decisiones que se adopten, con relación a los menores, deben ir dirigidas siempre a satisfacer y garantizar el interés de estos.
- La custodia compartida supone un gran esfuerzo para los padres, que tienen que diferenciar entre su relación de pareja, la cual ha llegado a su fin, y la relación como padres, aprendiendo a negociar y dialogar, poniendo siempre el bienestar de los hijos por delante.
- No siempre la custodia compartida va a ser la solución más idónea. Es el juez el que debe ponderar las circunstancias concretas de cada caso teniendo en cuenta el interés superior del menor. Así, el juez debe valorar el tipo de relación que hay entre los padres, el grado de colaboración y la dedicación que pueden prestar cada uno de ellos y si se dan las circunstancias logísticas y de proximidad para una buena gestión de la vida cotidiana de los hijos.
- En la determinación del régimen de guarda y custodia se debe tener en cuenta la voluntad de los hijos siempre y cuando tengan suficiente juicio para poder reclamar el cumplimiento efectivo de sus derechos, es decir, el juez debe velar por el derecho de los menores a ser oídos.

- La custodia compartida no supondrá necesariamente el reparto igualitario de tiempos de convivencia, sino que esa distribución de tiempos y responsabilidades se hará atendiendo al interés del menor en cada caso.
- Existen múltiples modelos de custodia compartida, siendo el más común en la práctica el sistema de custodia compartida semanal, de forma que un progenitor estará al cuidado de los hijos una semana y la semana siguiente será el otro progenitor quien se encargue de la custodia de los hijos.
- La custodia compartida no implica que no se satisfaga la pensión alimenticia, sino que se atenderá al tiempo de estancias, a las necesidades de los hijos, a las circunstancias económicas de los progenitores y a la atribución del uso de la vivienda familiar.
- Respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, ya no sería de aplicación el art. 96 del CC que establece que el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, sino que se podrá limitar en el tiempo el uso de la vivienda y se atenderá al interés más necesitado de protección.
- A pesar de que el Código Civil español establece como regla general que la solicitud de la custodia compartida debe llevarse a cabo de mutuo acuerdo por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento del otro, y como medida excepcional, en el caso de que no haya acuerdo de las partes, por decisión judicial, el Tribunal Supremo ha apostado por la custodia compartida al considerarlo como el régimen más normal y deseable.

7. BIBLIOGRAFÍA

ASENSIO BELENGUER. A. “*Mujeres gitanas de Zaragoza: De lo privado a lo público, un análisis desde la perspectiva de género*”. Tesis Doctoral. Universidad de Zaragoza. 2015.

BOLAÑOS CARTUJO. I. “*Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional*”. Psicopatología Clínica, Legal y Forense. Vol.15. 2015.

CAMPO IZQUIERDO, A.L. “*Guarda y Custodia Compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?*”, en Diario la Ley, numero 7206, Sección Tribuna, 2009.

CASTAN VAZQUEZ, J.M. “*La patria potestad*”. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

CATALÁN FRÍAS, M.J.: “*La custodia compartida*”.

CRUZ GALLARDO, B.: “*La guarda y custodia de los hijos menores en las crisis matrimoniales*”. Edit. La Ley. Madrid, 2012.

ESPARZA OLCINA, C.: “*La Guarda Compartida*”, en DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: “*Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*”. Primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

GARCÍA MEDINA. J. “*Crisis matrimoniales y derechos de los menores*”. Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales, Cord. Cristina Guilarte Martín – Calero, Lex Nova. Madrid 2009.

GARCIA PASTOR, M.,” *La Situación Jurídica de los Hijos cuyos Padres no Conviven*”, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “*Comentarios del Nuevo Artículo 92 del Código Civil*”. Edit. Lex Nova, primera edición, Valladolid, España, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA: “*Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios*”, 2017. <http://www.ine.es>

LATHROP GOMEZ, F. “*Custodia Compartida de los Hijos*”, La Ley, Madrid.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Arts. 748.4, 769.3 y 770.6.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE, número 71, de 23 de marzo de 2007.

LÓPEZ CONTRERAS, R. E. (2015). “*Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido*”. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1).

MARÍN LÓPEZ. M.J. “*La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15/2005 de 8 de julio que modifica el régimen de separación y divorcio*”. Derecho Privado y Constitucional N°23, 2009.

MARTINEZ CALVO. J. *“La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”*.

MORÁN GONZÁLEZ. M. I. *“El Ministerio Fiscal y los Sistemas de Guarda y Custodia: Especial Referencia a la Custodia Compartida y los Criterios de Atribución en Beneficio del Menor”* en TAPIA PARREÑO. J. J. *“Custodia Compartida y Protección de Menores”*, cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial. Madrid.2010.

PÉREZ VALLEJO, A.M.: *“Régimen de visitas del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos”*, en GARCÍA GARNICA, M.C.: *“La protección del menor en las rupturas de pareja”*. Primera edición. Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

PINTO ANDRADE, C.: *“La custodia compartida”*. Edit. Bosch. Barcelona, 2009.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *“Ejercicio de la Patria Potestad Cuando los Padres No Conviven”*, Editorial Aranzadi. Primera Edición. Navarra, España, 2011.

RAGEL SANCHEZ, L.F., *“La Guarda y Custodia de los Hijos”*, Revista de Derecho Privado y Constitución, núm.15, enero-diciembre 2001.

RODA Y RODA, D. *“El Interés del menor en el Ejercicio de la Patria Potestad. El Derecho del Menor a Ser Oído”*. 2013.

ROMERO COLOMA. A.M. *“La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)”*. Colección Scientia Iuridica. Madrid. 2011.

TAMAYO HAYA. S. *“Igualdad Parental y Principio de Corresponsabilidad tras la Separación o el Divorcio”*, en PÉREZ VALLEJO. A.M. *“Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”*. Editorial Atelier, Barcelona. 2009.

VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C.: *“Matrimonio y Divorcio”*. Editorial Dijusa. Madrid, España, 2005.

Jurisprudencia

Sentencia	Asunto
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 15 de septiembre de 2008	Audiencia del menor
Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, de 6 de junio de 2008	Audiencia del menor
Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999	Custodia compartida
Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava -1ª- de 3 de noviembre de 2017, nº 484/2017, rec. 440/2017	Permanencia de los hijos en el domicilio familiar
Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz -5ª- de 10 de enero de 2018, nº 10/2018, rec. 786/2016	Permanencia de los hijos en el domicilio familiar
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019 (STS 215/2019, Rec. 3683/2018)	Traslado de los hijos al domicilio de cada uno de los progenitores
Sentencias del Tribunal Supremo 283/2016 de 3 de mayo y 48/2017 de 26 de enero	Reparto del tiempo en la custodia compartida
Sentencia del Tribunal Supremo 370/2017, de 9 de junio de 2017	Reparto del tiempo en la custodia compartida
Sentencia del Tribunal Supremo 229/2018, de 18 de abril de 2018	Reparto del tiempo en la custodia compartida
Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 50/2013, de 2 de abril	Reparto del tiempo en la custodia compartida
Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013, de 29 de abril de 2013	Solicitud de la custodia compartida
Sentencia del TC 185/2012, de 17 de octubre de 2012	Inconstitucionalidad del término “favorable”.
Sentencia 619/2014 de 30 de octubre de 2014	Conflictividad progenitores
Sentencia 96/2015, de 16 de febrero	Conflictividad progenitores
Sentencia 143/2016, de 9 de marzo de 2016	Conflictividad progenitores
Sentencia de la AP de Almería de 27 de diciembre de 2012	Conflictividad progenitores
Sentencia de la AP de Salamanca de 14 de junio de 2016	Conflictividad progenitores

Sentencia del Tribunal Supremo nº 513/2017, de 22 de septiembre	Vivienda familiar
Sentencia del Tribunal Supremo nº 517/2017 de 22 de septiembre	Vivienda familiar
Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo nº 1545/208, de 11 de mayo de 2018.	Vivienda familiar
Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2017	Pensión de alimentos
Sentencia del TS de 14 de octubre de 2015	Pensión de alimentos
Sentencia del Tribunal Supremo nº 55, de 11 de febrero de 2016	Pensión de alimentos
Sentencia nº 545/2016 del TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 16 de septiembre de 2016	Pensión de alimentos
Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 30 de junio de 2016	Distancia domicilio progenitores
Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2016	Distancia domicilio progenitores
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018	Distancia domicilio progenitores
Sentencia del TS de 17 de febrero de 2017	Distancia domicilio progenitores
Sentencia de la AP de Córdoba de 27 de junio de 2017	Distancia domicilio progenitores
Sentencia de la AP de Barcelona de 7 de abril de 2017	Distancia domicilio progenitores
Sentencia del TS de 9 de junio de 2017	Distancia domicilio progenitores
Sentencia de la AP de Girona de 16 de enero de 2014	Disponibilidad de los progenitores
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2015	No separación de los hermanos
Sentencia de la AP de Madrid, de 30 de junio de 2010 (nº 491/2010)	No separación de los hermanos